

المصالح المرسله وضعها واستعملها

للهستاز محمد حمادي الوياغلي

المصالح جمع مصلحة، لغة مفعلة من الصلاح وهو حسن الحال، والمفعلة تستعمل لمكان ما كثر فيه الشيء المشتقة منه، مثل أرض مسبعة أو مذابة أو مملحة أو معشبة، أي كثر فيها السباع والذئاب والملح والعشب، ومثلها في ذلك مظنة أي ما يغلب فيه الظن بحكم معين، لكنها بالكسر على خلاف القياس. وهي هنا مجاز بتنزيل القوة منزلة الكثرة، أو بتنزيل الكثرة منزلة القوة، والعلاقة اللزوم بين الكثرة والقلّة، تقول العرب «إنما العزة للكثير»، ثم صارت حقيقة عرفية في معناها المعروف. والمرسله جاءت من الإرسال ضد التقييد، يقال ترك دابته مرسله، أي غير معقولة، وأرسل الفحل في الإبل، وأرسل كلبه أو صقره على الصيد، وأرسل يده في الصلاة، ويقابله قبض الفحل عن الإبل، وقبض كلبه أو صقره عن الصيد، وقبض يده في الصلاة، ومعنى كونها مصلحة مرسله في الشرعيات أنها مطلقة عن شهادة الشرع لها باعتبار أو إلغاء.

وفي اصطلاح الأصوليين هي الوصف المناسب لتعليل حكم غير مستند إلى أصل معين في الشرع، بل إلى المصلحة العامة اللازمة في نظر العقل قطعاً أو ظناً قريباً منه. أو هي المعاني التي تربط بها الأحكام، وتبنى عليها لجلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الخلق على وجه يخدم المقصود الشرعي في المحافظة على الضروريات والحاجيات والتحسينيات، ولم يقدّم دليل معين على اعتبارها أو الغائها من كتاب ولا سنة ولا قياس.

وعليه فالمصالح المرسله لا تكون إلا فيما سكت عنه الشارع، وليس له أصل معين تقاس عليه، ويوجد فيها معنى مناسب يصلح عقلاً أن يكون مناهلاً لحكم فرعي

يحكم به بناء على ذلك المعنى المناسب. قال في التنقيح للقرافي (1) (المصلحة المرسلة)، (والمصالح بالاضافة إلى شهادة الشرع لها بالاعتبار على ثلاثة أقسام. أ - ما يشهد الشرع باعتباره، وهو القياس.

ب - وما يشهد الشرع بعدم اعتباره، نحو المنع من زراعة العنب لثلا يعصر خمرًا.

ج - وما لم يشهد له باعتبار ولا إلغاء، وهو المصلحة المرسلة، وهو عند مالك رحمه الله حجة .

ويشترط في العمل بها ثلاثة شروط :

1 - أن تكون في غير مرتبة التحسين.

2 - وأن لا يعارضها دليل شرعي أو مقصد من مقاصد الشريعة.

3 - وأن تكون عامة، هذا صريح مذهب مالك رحمه الله (2) .

غير أن التعريف السابق للمصالح المرسلة إنما هو تعريف لنوع منها، أو للاستعمال المشهور فيها، وإلا فهي لها إطلاقات أخرى، وبمعان أخرى، وهي كما يلي :

1 - أن يراد من الارسال فيها أنه يوكل أمر تقديرها إلى العقل البشري، وذلك عندما يعمل على تأويل ظاهر النص لصالح المصلحة، نظرا للأحوال المتجددة، وذهاب الأحوال القديمة التي جاء فيها النص بحكم معين. أي يعمل بالرأي الذي تقتضيه المصلحة الشرعية في الوقت الراهن بدون التقيد بظاهر النص الجزئي الذي جاء في أحوال خاصة، على طريق تخصيص العام بالمصلحة. وهذا لا يجادل فيه أحد كما قال الغزالي كما سيأتي. وهذا الإطلاق تشهد له أصول كثيرة منها حديث التسعير، جاء في جامع الترمذي عن انس بن مالك رضي الله عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يا رسول الله سعر لنا، فقال «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن القى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال». وعلقت في العارضة على هذا الحديث بقوله «والتسعير على الناس إذا خيف على أهل السوق أن يفسروا أموال المسلمين. قال سائر العلماء بظاهر الحديث لا يسعر على أحد. والحق التسعير وضبط الأمر على قانون لا تكون فيه مظلمة على أحد

1 (رقم 2 / 221

2 (حاشية الطاهر بن عاشور على التنقيح رقم 2 / 221.

من الطائفتين، وذلك قانون لا يعرف إلا بالضبط للأوقات ومقادير الأحوال وحال الرجال، والله الموفق للصواب، وما قاله النبي ﷺ حق، وما فعله حكم، لكن على قوم صح ثباتهم، واستسلموا إلى ربه، وأما قوم قصدوا أكل الناس والتضييق عليهم فباب الله أوسع وحكمه أمضى» ويشهد للتسكير ما جاء في الموطأ في باب الحكرة والتربص عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر بمخاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زيبا له في السوق، فقال له عمر بن الخطاب «إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا ومنها حديث تحديد الطريق العامة بسبعة أذرع كما في الصحيح، فإن هذا المعنى لا يقال به بالنسبة لطرق السيارات في عصرنا مثلا، وإنما يخص بأحوال أخرى. ومنها حديث عائشة رضي الله عنها لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المسجد» قال الزرقاني في شرحه على الموطأ «استنبط من قول عائشة أنه يحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا كما قال مالك، وليس هذا من التمسك بالمصالح المبينة للشرع كما توهمه بعضهم، وإنما مراده كمراد عائشة أن يحدثوا أمرا تقتضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال».

وإلى هذا الاطلاق أو إلى هذا الاستعمال أشار القرافي في التنقيح (رقم 221 / 2) بقوله «المصلحة المرسلة عند مالك رحمه الله حجة، وقال الغزالي إن وقعت في محل الحاجة أو التهمة فلا تعتبر، وإن وقعت في محل الضرورة فيجوز أن يؤدي إليها اجتهاد مجتهد، ومثاله تترس الكفار بجماعة من المسلمين، فلو كففنا عنهم لصدومونا واستولوا على دار الاسلام وقتلوا جماعة المسلمين، ولو رميناهم لقتلنا الترس معهم.... إلى أن يقول القرافي ردا على الغزالي الذي يشترط للعمل بهذه المصلحة أن تكون كلية قطعية ضرورية، «إن الله تعالى إنما بعث الرسل لتحصيل المصالح العباد، وعملا بالاستقراء فمهما وجدت مصلحة غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع».

2 - قد يراد بالارسال ألا يتقيد المجتهد في حكمه على ما يستجد من الأحداث بقيام شاهد من النصوص أو من تصرفات الشرع بالاعتبار على مناسب القياس أو لعل القياس، بل يكتفي فيه بمطلق المناسب ولو لم يقم عليه شاهد بالاعتبار، مثل التعليل بمنافضة القصد، أو المعاملة بنقيض القصد، ومثل تعليل تحريم الخمر بالسكر، فإن التعليل بالسكر لا عهد له في الشرع ولا سبق أن علل به حكم من الأحكام. وإنما هو توصل إليه الفقهاء بالاجتهاد. وهذا ما يسمى بالمناسب المرسل. أي لم يقم له من الشرع شاهد لا بالاعتبار ولا بالالغاء. وإلى هذا الاطلاق أو الاستعمال يشير

القرافي في التنقيح بقوله «إن جميع المذاهب موجود فيها العمل بالمصالح المرسله، لأنهم إذا جمعوا أو فرقوا بين مسألتين لا يطالبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا أو فرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذه هي المصالح المرسله، فهي حينئذ في جميع المذاهب» (رقم 165 / 2).

3 — قد تطلق المصالح المرسله ويراد بها أنها مرسله من النص والقياس معاً، أي لم يرد لها ذكر في كتاب ولا سنة، ولم يوجد نص تقاس عليه فيهما، أي لم تذكر لا في الحلال ولا في الحرام، وهذا هو الاستعمال المشهور فيها عند المالكية كما سبق، كقضية جمع القرآن في مصحف واحد في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه وتوحيد المصاحف في المصحف الامام في عهد عثمان بن عفان رضي الله عنه وتنقيطه وتشكيله وضبط وقفه كما تم بعد ذلك، واتخاذ الخليفة بعد وفاة الرسول ﷺ يجمع أمر المسلمين ويحمي الاسلام من العوادي الفكرية والمادية، وتدوين الدواوين وتعريبها واتخاذ السجون، وغير ذلك من المصالح العامة الضرورية اليقينية الكلية التي هي أصل بنفسها في التشريع، ولا تحتاج أن يستشهد لها بدليل جزئي مخصوص كما سبق.

4 — قد يطلق الارسال ويراد به عدم التقيد بنص جزئي في الكتاب أو السنة وهي داخلة فيهما بالمعنى العام، جاء في المستصفى (3) «وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والاجماع، فليس خارجاً من هذه الأصول، لكنه لا يسمى قياساً بل مصلحة مرسله، إذ القياس أصل معين، وكون هذه المعاني مقصودة عرفت لا بديل واحد، بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الإمارات، تسمى لذلك مصلحة مرسله، أي ليست مقيدة بدليل جزئي، بل مشروكة في الدلالة عليها بين أدلة لا تحصى.

5 — قد تطلق باسم الاستحسان، وهو الحكم على غير مثال في الكتاب والسنة والاجماع، وهذا ما هاجمه الامام الشافعي في رسالته بشدة، جاء فيها (4) «قال : فهل تميز أنت أن يقول الرجل أستحسن بغير قياس، فقلت : لا يجوز هذا عندي — والله أعلم — لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم لأن يقولوا في الخير باتباعه فيما ليس فيه الخير بالقياس على الخير، ولو جاز تعطيل القياس لجاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرون من الاستحسان،

وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسول الله ولا في القياس» وقال في جهة أخرى «ومن استحسّن فقد شرع» أي جعل نفسه ندأ لله تعالى في التشريع في الحلال والحرام، وهذا أمر خطير في نظره لا يقبل، وقال : «وإنما الاستحسان تلذذ».

6 — وقد تطلق باسم (غير المخالف)، فيدخل فيه الملامم وغير المخالف، لأن غير المخالف موافق عند المالكية، واللامم يسمى قياساً، وغير المخالف يُسمّى مصلحة مرسلّة، وكلاهما يعمل به في العاديات لا في العبادات، وغير المخالف ظاهر، والقياس يكون في المعقولات لا في التعبديات كما هو معروف. جاء في الموافقات للشاطبي⁽⁵⁾ قال : «الشروط مع مشروطها على ثلاثة أقسام... والثالث أن يكون منافياً ولا ملائماً وهو محل النظر، هل يلحق بالأول — أي باللامم — من جهة عدم المناقاة، أو بالثاني — أي بالمنافي — من جهة عدم الملائمة ظاهراً. والقاعدة المستمرة في هذا، التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات فلا يكتفى فيه بعدم المناقاة دون أن تظهر الملائمة، لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل ألا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع العبادات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العاديات فيكتفى فيه بعدم المناقاة، لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن — أي الإباحة — حتى يرد الدليل على خلافه».

7 — قد تطلق باسم القياس الميسر، جاء في الترمذی في حديث العسيف «وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام» وعلق عليه في العارضة⁽⁶⁾ بقوله : «إنما يختص التغريب بالذكر الأحرار خلافاً للشافعي الذي يجزیه على العموم في أحد قوليه، وذلك أن المقصود بالتغريب النكاية، وفي فعله بالمرأة تعريض لها بالغرابة لأشد مما وقعت فيه في وطئها أو في مثله، وهذا تخصيص العموم بالقياس الميسر وهو قياس المصلحة».

8 — قد تطلق باسم القياس المرسل، جاء في بداية المجتهد⁽⁷⁾ «وأما المفقود في حروب الكفار ففيه داخل المذهب أربعة أقوال... وكلها مبنية على تجويز النظر بحسب الأصلي في الشيء، وهو الذي يعرف بالقياس المرسل، وبين العلماء في

5 (رقم 284 / 1.

6 (رقم 207 / 1.

7 (رقم 53 / 2.

اختلاف، أعني بين القائلين بالقياس» وقال ابن رشد أيضا في كتابه المذكور (8) «ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذي لا يستند إلى أصل منصوص عليه في الشرع إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه، ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وإن لم يعتمد على أصل منصوص عليه».

9 — وقد تطلق باسم تخصيص العام بالمصلحة، مثل تخصيص قوله تعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾ بغير الحسية على مذهب مالك، فلا يلزمها الرضاع، وعلى الأب أن يستأجر من ترضع له الولد (9)، وتخصيص العام بالمصلحة لا نزاع فيه بين الأئمة، قال الغزالي في المستصفى (10) : «استعمال مصلحة في تخصيص العموم لا ينكره أحد».

10 — وقد تطلق باسم التوسع على الحكام في الأحكام السياسية، أعني في إطار السياسة الشرعية، على مقتضى القاعدة المعروفة «تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»، وهذه التوسعة للحكام في السياسة الشرعية ليست من قبيل المصالح المرسلة، بل تشهد لها القواعد الأصولية، فقد نقل ابن فرحون في تبصرته عن القرافي في هذا الموضوع قال : «اعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفا للشرع، بل تشهد له القواعد من وجوه : اختلاف الأحكام (أولا) — أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكيفية، لقوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار»، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة في نفي الحرج. (ثانيا) — إن المصلحة المرسلة قال بها مالك رضي الله عنه وجمع من العلماء، وهي المصلحة التي لا يشهد لها الشرع باعتبارها ولا بإلغائها، ويؤكد العمل بالمصالح المرسلة أن الصحابة رضوان الله عليهم عملوا كثيرة جدا المطلق المصالح لا لتقدم شاهد بالاعتبار، نحو اتخاذ السجن وهدم الأوقاف لتوسيع المسجد، وحرق المصاحف وجمعهم على مصحف واحد، وتجديد الأذان في السوق يوم الجمعة، وغير ذلك كثير. (ثالثا) — الشرع شدد في الشهادة أكثر من الرواية لتوهم العداوة، فاشتراط العدد والحرية ووسع في كثير من العقود للضرورة، كالعرايا والمساقاة والقراض والسلم والشفعة وغيرها من العقود المستثناة، وضيق في الشهادة بالزنا، فلم يقبل فيها إلا أربعة يشهدون بمشاهدة

8 (رقم 1/261.

9 (أحكام القرن لابن العربي في شرح هذه الآية.

10 (رقم 1/299.

العملية كالمروء في المكحلة، وقبل في القتل اثنين، والدماء أعظم، لكن المقصود، الستر، وهذه المبانيات والاختلافات كثيرة في الشرع لاختلاف الأحوال، فلذلك ينبغي أن يراعى اختلاف الأحوال والأزمان، فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية مما شهدت لها القواعد بالاعتبار، فلا تكون من المصالح المرسل، بل أعلى رتبة فتلحق بالقواعد الأصولية». وزاد القرافي قائلا : «ونص ابن أبي زيد القيرواني في النوادر على أننا إذا لم نجد في جهة غير العدل، أقمنا أصلهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة ونحوهم لثلاث تضيع المصالح، وما أظن أنه يخالفه أحد في هذا فإن التكليف مشروط بالإمكان، إذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في الأحكام السياسية لأجل كثرة فساد الزمان وأهله، قال القرافي : «ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولايتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ماؤلوا ولا عرج عليهم، وولاية هؤلاء في مثل ذلك العصر فسوق، فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان، وولاية الأراذل فسوق، فقد حسن ما كان قبيحا، واتسع ما كان ضيقا، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان» (11).

11 — وقد تطلق باسم تخصيص العام بالعقل، على أساس أن العقل مقدم على النقل إذا تعارضا. جاء في إرشاد الفحول (12) : «ذهب الجمهور إلى التخصيص بالعقل، وذهب شذوذ من أهل العلم إلى عدم جواز التخصيص به، والأشبه عندي أنه لا خلاف في المعنى، بل في اللفظ، أما أنه لا خلاف في المعنى، فلأن اللفظ لما دل على ثبوت الحكم في جميع الصور، والعقل منع من ثبوته في بعض الصور، فإما أن يحكم بصحة مقتضى العقل والنقل، فيلزم من ذلك صدق النقيضين، وهو محال، أو يرجح النقل على العقل، وهو محال، لأن العقل أصل للنقل، فالقدح في العقل قدح في أصل النقل، والقدح في الأصل لتصحيح الفرع يوجب القدح فيهما، وإما أن يرجح حكم العقل على مقتضى العموم وهذا هو مرادنا من تخصيص العام بالعقل» ومثل هذا المعنى موجود عند الباجي في إشاراته، رقم 131 قال : «لو كان العقل يوجب إباحة أشياء أو حظرها لاستحال أن ينقله الشرع عما يقتضيه العقل، كما يستحيل أن يرد بنفي أن الاثنين أكثر من الواحد» فهذا النقل نأخذ منه أنه مستحيل أن يرد الشرع على خلاف ما يقتضيه العقل، كما يستحيل أن يرد بنفي أن الاثنين أكثر من الواحد.

(11) تبصرة ابن فرحون رقم 150 / 2.

(12) رقم 156.

12 — وقد يراد بالارسال الارسال في الأخذ من المصالح بالأولى فالأولى دائما، وعدم التقيد بالحكم الشرعي الأصلي عند ما يتعذر الحكم به لأمر أم لآخر، أو تغيب فيه المصلحة الشرعية التي شرع لأجلها في ظروف معينة، أو يكون الأخذ بها مرجوحا في تلك الظروف، وجواز الانتقال عن حكمها الأصلي إلى حكم آخر باعتبار أنه الممكن في الوقت الحاضر، أو هو المصلحة المناسبة باعتبار الظروف الحالية، والتكليف دائما حسب الامكان، والمصالح تتجدد، وما يكون منكرا في حال قد يكون مصلحة في حال أخرى، وما يكون مصلحة في حال قد يكون منكرا في حال آخر. وعليه فالإرسال على هذا المعنى يراد به جواز التحرك نحو تحقيق المصلحة الشرعية في كل وقت على أرض الواقع، وبالتالي يراد به الأخذ من المصالح بالأحدث فالأحدث، إذ الأخذ بالأصلح هو الواجب دائما، كخطوط الدفاع في الحرب تكون متعددة يقاتل منها بالأولى فالأولى حسب الظروف، خط أمامي، وخط خلفي، وخط وراءه، وهكذا. فيكون المطلوب وجوب الدفاع من الخط الأمامي حتى يتعذر الدفاع منه فيتنقل إلى الذي يليه، فيدافع منه حتى يتعذر عليه الدفاع منه أيضا فيتنقل إلى الذي يليه وهكذا. فالدفاع مستمر والتخطيط مستمر أيضا. ويشهد لهذا المعنى ما يلي :

«أ» : سئل أبو عبد الله القوري بالسؤال التالي : «غرضنا مشورتكم في أمر عظيم كثرت به البلوى، وذلك أنه شاع ببلدنا — أي جبالة — الهروب بالنساء، وصار فعلهم أن من يخطب امرأة ومنعت منه، يجمع جماعة من المفسدين ويغيرون عليها، ويحملونها إلى حيث لا تنالهم الأحكام، ثم لا يردها الهارب بها حتى يلتزم وليها أن يزوجه لها، فياسيدى ذكر لنا عن بعض الشيوخ أنه كان يذهب إلى الفتيا بالقول بتأييد التحريم فيها، رغبة في سد هذا الباب فهل ترون أعزكم الله الفتيا بهذه الأوطان الفاسدة بتأييد التحريم، صونا للفروج ورعيا للمصلحة العامة. فأفتونا بما يظهر لكم، وكذلك أيضا — أعزكم الله — سفك الدماء كثر واشتهر القتل وشاعت الجراح وضاعت الدماء، وانتهكت حرمتها بسبب عدم استيلاء الأحكام الذي يتمكن معه من القصاص، وتعذر القصاص جملة، بحيث لا مطمع فيه لكل من عدي عليه بجناية بوجه من الوجوه. ونجد من جنى عليه يرغب في أن يتعين له عن الجناية المذكورة مال في ذمة الجاني، لكونهم في الغالب يتناصفون بينهم في الحقوق المالية ولا يجد الجاني غالبا — إن كان ما يطالب به مالا — من يقصده على الباطل. وتجد الجاني يصرح بطلب الشرع ويقول : ليس له عندي غير القصاص، ثقة منه بأنه لا يناله القصاص

أبدا. وحتى إن المجني عليه إن أفتيته مثلا بأنه ليس له إلا القصاص يرى أنك أفتيته بأن لا حق له أصلا. فلم يحصل الارتداع عن الجراح. وكذلك القود هو متعذر أيضا وعوض عنه الإجلاء والنفي، ولم تحصل به عندهم فائدة الردع، لكون الجاني يرتجي الرجوع بل هو الأغلب فيهم، يرجع بعفو ومحاولات، ويجد ماله موفرا وأصوله قائمة. وفي علمكم — أبقاكم الله — اختلاف قول مالك رضي الله عنه فيما إذا رضي والي الدم أو المجني عليه في الجراح بالدية وأى الجاني إلا القود أو القصاص في الجراح، والقول قول مَنْ مِنْهُمْ. فهل ترون — أعزكم الله أن يفتى بهذه الأوطان الفاسدة بأحد قولي مالك أن الخيار للولي أو المجروح رعايا للمصالح المرسله، وفيها تجسيم فيما نعتقد أو تقليل. ولو كان الجاني تذهب أمواله وتباع عليه أصوله حتى يفلس ما عاد أحد إلى جناية في الغالب. وإن قلتم — أعزكم الله — بذلك في القتل والجراح فهل ذلك عام في جميع الجراح أو فيما ديته مقدرة؟ وفي علمكم أيضا ما قرره علماء الأصول كالقرافي وغيره بأن الفتوى تختلف باختلاف الأعصار والأمصار لكن رأيكم المعول عليه عندنا، وقولكم هو الحجة القائمة لدينا.

فأجاب بما نصه، حفظكم الله يأخي في الله ورعاكم، ماذكرتموه في المسألتين ظاهر الوجه صحيح الإسناد. ولو كنت ممن يميل عن المشهور ويفتي بغيره لأفتيت بذلك، لكن لا سبيل إلى ذلك، ولا خروج لي عما أفتى شيوخنا إلى غيره من مناهج ومسالك. وأفيدك فائدة تحققها وأنبك على نكتة تيقنتها، وذلك أنني أخذت عن غير واحد من شيوخ شيوخنا أنهم كانوا لا يرجحون ولا يحملون أحدا على قول، لكنهم كانوا يخبرون السائل أو القاضي في العمل بما يختار من الأقوال القوية. وقد ذكر المسألة غير واحد من المتقدمين، لكن التأسّي بعمل المتأخرين في هذا أحسن، وأذكر لك مسألتين من هذا الوادي الذي نهجت، ومن هذا القبيل الذي إليه نحوت وانتسبت، قال أبو عمران : سئلت عن مسألة ما سئلت عنها مند قرأت، وقد قال بعض المصامدة يجري عندهم في رجل يقتل رجلا فلا يصل إلى الاقتصاص منه هل يجبر على الدية مخافة إن طلب القصاص قامت الفتنة بينهم؟ فيقتل خلق كثير. فأفتى الشيخ الحاكم الذي سئل عن هذا بأن يحكم بالدية مخافة أن تنزل الفتنة فتؤول إلى هلاك بعضهم. قال الشيخ : وهذا أكثر المقدور عليه. وقال أيضا : زنى رجل في جيش المسلمين — وهم في أرض العدو — وخيف إن أقيم عليه الحد الآن مفسدة لشجاعة الزاني أو غيره، قال : يؤخر عليه الحد ولا يقام حينئذ. ومسألة ثالثة نقلها بعض المفتين من المتأخرين في مجروح ادعى على رجل أنه جرحه — وبينهما

ثائرة — فقال : يقبل قول المدعي، فيحلف ويقتصر له، ولا يمكن المدعى عليه من اليمين... كما اختار بعضهم في تأييد التحريم ومنعها من تزويجه وبه جرى العمل بمدينة فاس جازما، وأخبرني عن قدم العمل به جازما بمدينة فاس ثقة عدل فقيه والله أعلم.»

ب - . مناظرة بين أبي عمران وبعض الفضلاء حول تعطيل القصاص، قال أبو عمران : «إن القصاص إذا تعذر حيث لا أحكام رجع للدية، فعارضه بعض الفضلاء بأن القصاص ليس على الفور، فاذا لم يمكن في الحال يمكن في الاستقبال. فأجابه أبو عمران بأن التعذر مستمر بشهادة العرف، فقال المعارض : هذا قلب للأوضاع الشرعية، فقال له أبو عمران : بل من المصالح المرسلة » (13).

فان قلت : التعريف السابق للمصالح المرسلة بأنها ما لم يرد فيها نص لا باعتبار ولا بالغاء غير صادق دائما، فإن تعطيل حكم القصاص في حالة العمد العدوان في بعض الظروف وتعويضه بالحكم بالدية كما سبق، فيه مخالفة صراحة لآية القصاص، فكيف يسمى مثل هذا الحكم مصالح مرسلة وأنها لم يرد لها في الشرع اعتبار ولا إلغاء ؟ الجواب أن ذلك الاطلاق هو الاستعمال المشهور، وقد تطلق إطلاقات أخرى، وبمعان أخرى كما سبق، على أنه يمكن لقائل أن يقول إنها يصدق عليها في جميع أحوالها أنها مصالح مرسلة حتى في صورة القتل العمد العدوان التي يستدل فيها. القصاص بالدية ذلك أن الشرع حكم بالقصاص لمصلحة عامة صونا للدماء، وتوفيرا للأمن، قال تعالى : ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾، وكل مصلحة لا بد لها من ظروف مناسبة، وملاحظة هذا المعنى هو المصوغ في قولهم «التكليف واجب بشرط الامكان» وإذا جاءت ظروف أخرى جعلت حكم القصاص يتعذر تنفيذه كما في المثال السابق، وأمكن فيه استيفاء الحكم بالدية، يكون الحكم بالدية في مثل هذه الظروف، أو بالنسبة لهذه الظروف لم يأت في الشرع حكم لا باعتباره ولا بإلغاءه، ومن ثم يصلح أن يسمى مصلحة مرسلة، فلكل حكم ظروفه، ولكل حال علاجه، ويشهد لهذا المعنى حديث عائشة رضي الله عنها السابق «لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المسجد» وجواز تخصيص العام بالعقل أو بالمصلحة كما سبق عن الشوكاني والغزالي، ويشهد له أيضا

إفتاء الفقهاء بجواز الاعطاء من الصدقات كلها لبني هاشم، مع أنه ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تحل الصدقة لمحمد ولا لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس » أو كما قال صلى الله عليه وسلم. جاء في شرح الآثار للطحاوي رقم 31 ج 1 قال : « فلما انقطع ذلك — يعني سهم ذوي القربى — عنهم، ورجع إلى غيرهم بموت رسول الله صلى الله عليه وسلم حل لهم بذلك ما قد كان محرماً عليهم، ومن أجل ما كان أحل لهم » وهذا دليل على أن الأحكام تختلف باختلاف الأحوال، وتغير الظروف « ومن قال من أهل الأصول أن ترك التفصيل في اختلاف الأحوال بمنزلة العموم في الأقوال فضعيف » انظر بداية المجتهد رقم 293 / 1.